



REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Lombardia

sezione staccata di Brescia (Sezione Seconda)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 23 del 2013, proposto da:

IDEALSERVICE SOCIETÀ COOPERATIVA, rappresentata e difesa dagli avv. Roberto Paviotti e Fabrizio Paviotti, con domicilio eletto presso la segreteria del TAR in Brescia, via Zima 3;

contro

COMUNE DI CASTEL MELLA, rappresentato e difeso dall'avv. Mario Gorlani, con domicilio eletto presso il medesimo legale in Brescia, via Romanino 16;

nei confronti di

SOLIDARIETÀ PROVAGLIESE COOPERATIVA SOCIALE, rappresentata e difesa dagli avv. Franco Dalla Mura e Anna Rossi, con domicilio eletto presso la seconda in Brescia, via Romanino 16;

per l'annullamento

- della determinazione del responsabile del Servizio Lavori Pubblici n. 69 del 23 novembre 2012, con la quale è stata disposta l'aggiudicazione definitiva a favore della controinteressata;

- degli atti di gara, nella parte in cui ammettono e mantengono nella procedura la controinteressata;

e con domanda di risarcimento in forma specifica o per equivalente;

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio del Comune di Castel Mella e di Solidarietà Provagliese Cooperativa Sociale;

Viste le memorie difensive;

Visti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 9 ottobre 2013 il dott. Mauro Pedron;

Uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Considerato quanto segue:

FATTO e DIRITTO

1. Il Comune di Castel Mella con bando spedito alla GUUE il 3 settembre 2012 ha indetto una procedura aperta per l'affidamento del servizio di gestione integrata dei rifiuti urbani e igiene ambientale. La durata prevista del servizio

è pari a cinque anni, con facoltà di proroga per ulteriori tre anni. Il valore annuo stimato del servizio è pari a € 918.605,85 (IVA esclusa). Per l'aggiudicazione è stato scelto il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa (50 punti per il progetto tecnico e 50 punti per l'offerta economica).

2. La ricorrente Idealservice Società Cooperativa si è collocata al secondo posto con un punteggio complessivo pari a 81,88 punti, contro gli 83,78 punti della controinteressata Solidarietà Provaglinese Cooperativa Sociale. Il Comune, rispettivamente con determinazioni del responsabile del Servizio Lavori Pubblici n. 68 e 69 del 21 e 23 novembre 2012, ha disposto l'aggiudicazione provvisoria e definitiva a favore della controinteressata.

3. Il risultato della procedura è stato impugnato dalla ricorrente con atto notificato il 4 gennaio 2013 e depositato l'8 gennaio 2013. In sintesi, secondo la tesi formulata nel ricorso, il Comune avrebbe dovuto escludere la controinteressata per due motivi: (i) nella domanda di partecipazione manca la dichiarazione ex art. 38 comma 1-c del Dlgs. 12 aprile 2006 n. 163 relativa ai precedenti penali del responsabile tecnico (tale documento non era stato inserito nella busta dell'offerta ed è stato acquisito solo in un secondo momento, su impulso della commissione di gara); (ii) l'iscrizione all'Albo Nazionale Gestori Ambientali per la categoria 1 sarebbe solo parziale (e comunque è stata integrata dopo la conclusione della procedura). Oltre all'annullamento degli atti di gara, limitatamente alla posizione della controinteressata, la ricorrente ha chiesto la pronuncia di subentro nell'aggiudicazione, o in subordine il risarcimento per equivalente.

4. Il Comune e la controinteressata si sono costituiti in giudizio chiedendo la reiezione del ricorso.

5. Sulle questioni rilevanti ai fini della decisione si possono svolgere le seguenti considerazioni:

Sulla prova della moralità professionale

(a) preliminarmente, si osserva che il carattere irrimediabile ed escludente dell'omissione della dichiarazione sui requisiti morali non sembra corrispondere ai principi del diritto comunitario. La questione è stata sollevata davanti alla Corte di Giustizia dal TAR Milano Sez. I con ordinanza 15 gennaio 2013 n. 123 (causa C-42/13). Gli argomenti esposti nell'ordinanza di rimessione sono condivisibili, in particolare il punto che individua nell'art. 45 par. 1 e 3 della Dir. 31 marzo 2004 n. 2004/18/CE un'espressione del principio di proporzionalità riferita alla prova della moralità professionale. Se l'estratto del casellario giudiziale o un documento equivalente costituiscono prova idonea per il diritto comunitario, non è ragionevole che il diritto nazionale colleghi l'esclusione dalla gara alla semplice mancanza di una dichiarazione sostitutiva. Circa l'acquisizione della prova della moralità professionale è chiara l'indicazione della citata norma comunitaria a favore della verifica in concreto del possesso del requisito, se necessario attraverso esercizio del potere di soccorso da parte della stazione appaltante (par. 1 comma 4: "*le amministrazioni aggiudicatrici chiedono, se del caso, ai candidati o agli offerenti di fornire i documenti di cui al paragrafo 3 e, qualora abbiano dubbi sulla situazione personale di tali candidati/offerenti, possono rivolgersi alle autorità competenti per ottenere le informazioni relative alla situazione personale dei candidati o offerenti che reputino necessarie*");

(b) su questa base non può essere considerata illegittima l'acquisizione successiva della dichiarazione di cui all'art. 38 comma 1-c del Dlgs. 163/2006 riguardante il responsabile tecnico della controinteressata. L'effetto utile della direttiva comunitaria è infatti assicurato dalla verifica, prima della stipula del contratto, dell'assenza di condanne ostative;

Sulla figura del responsabile tecnico

(c) in attesa della pronuncia della Corte di Giustizia è comunque possibile raggiungere il medesimo risultato interpretativo partendo dalla figura del responsabile tecnico;

(d) occorre precisare che nello specifico, per quanto riguarda i requisiti di moralità professionale, il disciplinare di gara (punto 2.1.2-c) riproduce la formula dell'art. 38 comma 1-c del Dlgs. 163/2006 e dunque fa riferimento al solo

direttore tecnico (figura descritta nell'art. 87 del DPR 5 ottobre 2010 n. 207) e non al responsabile tecnico (figura di cui all'art. 10 comma 4 del DM 28 aprile 1998 n. 406);

(e) un orientamento giurisprudenziale afferma che vi è corrispondenza tra le funzioni del direttore tecnico in materia di appalti di lavori e quelle del responsabile tecnico in materia di rifiuti, e dunque ritiene applicabili a entrambi i medesimi adempimenti. Considerando escludente la mancata dichiarazione relativa ai precedenti penali del primo, la stessa conclusione viene estesa al secondo (v. CS Sez. V 30 agosto 2013 n. 4328; CS Sez. III 23 maggio 2012 n. 3045; CS Sez. V 17 maggio 2012 n. 2820);

(f) tale argomento non è però interamente condivisibile. Tra le due figure professionali sussistono in effetti delle analogie (il direttore tecnico integra l'idoneità tecnica per la qualificazione SOA, il responsabile tecnico conferisce all'impresa l'idoneità tecnica necessaria per l'iscrizione all'Albo Nazionale Gestori Ambientali; entrambi i soggetti sono responsabili di adempimenti di carattere tecnico-organizzativo nei rispettivi settori). Da queste analogie non si possono tuttavia desumere geometriche corrispondenze nella disciplina applicabile, tantomeno *in malam partem* dopo la codificazione del principio di tassatività delle cause di esclusione disposta dall'art. 46 comma 1-bis del Dlgs. 163/2006 (v. TAR Brescia Sez. II 11 giugno 2013 n. 565; TAR Brescia Sez. II 19 giugno 2012 n. 1088);

(g) mentre nella disciplina generale degli appalti la verifica della moralità professionale degli amministratori e del direttore tecnico è concentrata nelle singole procedure di gara, nel settore dei rifiuti esiste una disciplina particolarmente rigorosa, che anticipa la linea della prevenzione rispetto al rischio di infiltrazioni criminali. È infatti la stessa iscrizione all'Albo Nazionale Gestori Ambientali che risulta subordinata alla mancanza di condanne passate in giudicato per un'ampia serie di delitti (v. art. 10 commi 2 e 4 del DM 406/1998). Il gestore regionale dell'Albo può inoltre disporre la sospensione disciplinare dell'iscrizione qualora sia pendente a carico degli amministratori o del responsabile tecnico un procedimento per le medesime tipologie di reati, anche in fase di indagini preliminari (v. art. 16 comma 2 del DM 406/1998);

(h) è quindi evidente che quando la *lex specialis* prevede il requisito dell'iscrizione all'Albo ottiene per questa via non solo una verifica dell'idoneità professionale dell'impresa ma anche una certificazione sull'assenza di rischi di infiltrazioni criminali. Naturalmente le informazioni a disposizione del gestore dell'Albo potrebbero non essere aggiornate, e quindi la *lex specialis* può legittimamente chiedere che il responsabile tecnico renda anche la dichiarazione ex art. 38 comma 1-c del Dlgs. 163/2006, ma se una simile richiesta non è inserita tra le regole di gara deve essere tutelata la posizione dell'impresa che ha ottenuto l'iscrizione all'Albo;

(i) ne consegue la doverosità dell'esercizio del potere di soccorso ex art. 46 del Dlgs. 163/2006. Entrambi i profili della norma risultano osservati: la dichiarazione circa l'assenza di condanne ha carattere integrativo, in quanto si collega all'iscrizione all'Albo già fornita (comma 1), e la stazione appaltante, nel rispetto del principio di certezza del diritto, evita di applicare cause di esclusione originariamente non prospettate ai concorrenti (comma 1-bis);

Sull'iscrizione all'Albo Nazionale Gestori Ambientali

(j) per quanto riguarda i requisiti di idoneità professionale, il disciplinare di gara (punto 2.1.1-b) chiede l'iscrizione all'Albo Nazionale Gestori Ambientali nella categoria 1, indicando una serie di attività (*raccolta e trasporto di rifiuti urbani e assimilati; raccolta differenziata di rifiuti urbani; raccolta multimateriale; gestione di stazioni di trasferimento di rifiuti urbani e di stazioni di conferimento di rifiuti raccolti in modo differenziato; spazzamento meccanizzato; gestione di centri di raccolta di rifiuti urbani; classe adeguata in termini di abitanti*);

(k) la controinteressata ha prodotto un'iscrizione all'Albo del 14 giugno 2004 relativa alla categoria 1 classe D per la raccolta e il trasporto di rifiuti ingombranti e per la raccolta differenziata di rifiuti urbani. Una seconda iscrizione, datata 16 giugno 2009 e parimenti riferita alla categoria 1 classe D, indica come campo di attività la raccolta e il trasporto di rifiuti urbani e assimilabili, compresi i rifiuti ingombranti e la raccolta differenziata. Solo dopo la

conclusione della gara la controinteressata ha prodotto un'iscrizione, aggiornata al 21 dicembre 2012, nella quale sono indicate anche le altre attività della categoria 1 oggetto del servizio in questione (*spazzamento meccanizzato; raccolta e trasporto di rifiuti vegetali; trasporto di rifiuti urbani da centri di stoccaggio a impianti di smaltimento finale; raccolta multimateriale di rifiuti urbani*);

(l) la differenza tra le visure prodotte non significa che il requisito di idoneità professionale necessario per la partecipazione alla gara sia stato acquisito in un secondo momento. In realtà, l'iscrizione in una determinata categoria consente di svolgere tutte le attività ordinarie previste dall'Albo per quella categoria, purché l'impresa disponga della dotazione minima di mezzi indicata dal gestore dell'Albo (v. deliberazione del Comitato gestore n. 1 del 30 gennaio 2003);

(m) il problema della dotazione minima di mezzi richiede il coordinamento con i principi generali in materia di procedure di gara. L'impresa che concorre deve infatti dimostrare un certo livello di idoneità professionale ma deve anche dotarsi della strumentazione necessaria per adempiere alle obbligazioni descritte nel capitolato speciale o a quelle superiori descritte nella propria offerta. Queste due condizioni non sono tuttavia coincidenti, né relativamente al contenuto, né per quanto riguarda il momento in cui devono realizzarsi. L'idoneità professionale è richiesta per la partecipazione alla gara, e sotto questo profilo è legittimo che la *lex specialis* limiti la partecipazione ai soggetti che abbiano già ottenuto in precedenza l'iscrizione all'Albo (v. art. 46 par. 2 della Dir. 2004/18/CE; art. 8 e 9 comma 5 del DM 406/1998). La dotazione completa dei mezzi per lo svolgimento del servizio (che normalmente comporta investimenti significativi) non può invece essere imposta alla generalità dei concorrenti, dato l'inevitabile effetto depressivo sulla partecipazione alla gara (v. TAR Brescia Sez. II 21 febbraio 2013 n. 196), e deve pertanto essere richiesta solo all'aggiudicatario, e solo prima dell'inizio dell'attività. In questo senso dispone del resto, nel caso in esame, lo stesso capitolato speciale (v. art. 35 e 37);

(n) conseguentemente, una volta rispettato il vincolo dell'iscrizione all'Albo per la categoria richiesta (ma non necessariamente per la classe o per tutte le attività indicate nel capitolato speciale), l'aggiudicatario del servizio di gestione integrata dei rifiuti urbani è in termini, fino alla stipula del contratto, per acquistare la disponibilità dei mezzi necessari e far aggiornare la propria iscrizione. Entro questi limiti è condivisibile la tesi dell'AVCP secondo cui l'iscrizione all'Albo è da considerarsi requisito di esecuzione del contratto e non di partecipazione alla gara (v. parere n. 89 del 29 aprile 2010).

6. Il ricorso deve quindi essere respinto, sia nella parte impugnatoria sia relativamente alle domande risarcitorie in forma specifica o per equivalente. La complessità di alcune delle questioni trattate consente l'integrale compensazione delle spese di giudizio.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Lombardia sezione staccata di Brescia (Sezione Seconda) definitivamente pronunciando, respinge il ricorso. Spese compensate.

Ordina che la presente sentenza sia eseguita dall'autorità amministrativa.

Così deciso in Brescia nella camera di consiglio del giorno 9 ottobre 2013 con l'intervento dei magistrati:

Giorgio Calderoni, Presidente

Mauro Pedron, Consigliere, Estensore

Stefano Tenca, Consigliere

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 13/01/2014

IL SEGRETARIO

(Art. 89, co. 3, cod. proc. amm.)